

University of Groningen

## Hoe om te gaan met 'omgaan'? Over de verschillende manieren van 'omgaan' door de Hoge Raad

Verstijlen, F.M.J.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Insolventierecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2015

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Verstijlen, F. M. J. (2015). Hoe om te gaan met 'omgaan'? Over de verschillende manieren van 'omgaan' door de Hoge Raad. *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2015(3), 174-181. [Tvl 2015/27].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# Hoe om te gaan met 'omgaan'?

## Over de verschillende manieren van 'omgaan' door de Hoge Raad

TvI 2015/27

**De Hoge Raad is de afgelopen jaren een aantal malen op een geruchtmakende wijze omgegaan. Deze bijdrage behandelt de verschillende methodes die daarbij werden gehanteerd: kort gezegd, omgaan 'zonder meer', 'verhopen' omgaan en *prospective overruling*. Geanalyseerd wordt wat de gevolgen van de verschillende methodes zijn voor de temporele werking van de nieuwe regel, naar geldend en wenselijk rechterlijk overgangsrecht.**

'Omgaan' is een kunst. Het vergt durf om af te wijken van de eigen, soms reeds decennialang gevestigde rechtspraak. Het vergt inventiviteit – en soms een extra portie durf – om dat op zo'n manier te doen dat de praktijk, die op de oude rechtspraak is afgestemd, een 'zachte landing' kan maken, als dat al mogelijk is.

Het is een kunst die de Hoge Raad niet zo heel vaak beoefent. Hij gaat niet zo vaak om. De laatste jaren laten evenwel een aantal opmerkelijke voorbeelden zien op het terrein van het insolventierecht, waarin de Hoge Raad verschillende, soms nieuwe technieken hanteert. In deze bijdrage breng ik onderscheiden methoden in kaart en analyseer ik deze met het oog op de hanteerbaarheid van (de wijziging van) de regels in de praktijk.

### 1. Waarom omgaan?

Men kan zich afvragen waarom de rechter – in het bijzonder de hoogste rechter – überhaupt zou willen omgaan. Het geeft altijd sores. De praktijk zal zich op de oude rechtspraak hebben ingesteld en het aanpassen aan de nieuwe rechtspraak geeft kosten: contracten moeten opnieuw worden doordacht, algemene voorwaarden geherformuleerd, een gewaarborgd geachte rechtspositie blijkt toch op andere wijze te moeten worden beschermd of – als dat niet mogelijk is – verlies moet worden genomen.

Voorts bestaat het niet geringe risico van gezichtsverlies, daargelaten of dat terecht is, waarover later meer. Indien de Hoge Raad opeens iets anders beslist dan hij (vele malen) daarvoor heeft gedaan, kan de gedachte postvatten dat hij het voorheen (vele malen) bij het verkeerde eind heeft gehad.

Toch plegen onze rechters, ook de hoogste rechters, om te gaan, met goede redenen.

Het kan zijn dat het recht is veranderd. Het recht is niet statisch; zelfs wanneer de wetgever geen letter wijzigt, kan het zijn dat de maatschappelijke opvattingen en verhoudingen zich wijzigen. Het recht kan dan niet, althans niet altijd, achterblijven. Een mooi voorbeeld – niet zozeer van 'omgaan' als wel van gewijzigde opvattingen – biedt het milieu. Wij gaan daar op andere wijze mee om dan de generaties voor ons. Halverwege de vorige eeuw zag men er geen been in afvalwater in op eigen grond gegraven kuilen te lozen of zelfs om toxische afvalstoffen te gebruiken om percelen te verhogen en geschikt voor woningbouw te maken. Indien dat op een bepaald moment de algemene opvatting is en die handelwijze zelfs wordt aanbevolen, is het lastig te zeggen dat het dienovereenkomstig handelen onrechtmatig is tegenover (bijvoorbeeld) de overheid. Maar de sentimenten zijn omgeslagen en wat voorheen 'goed gebruik' was is vanaf een bepaald moment 'onrecht' geworden, een moment dat in *Staat/Shell* met een buitengewone scherpste is bepaald op 1 januari 1975.<sup>2</sup>

Dit arrest is, zoals gezegd, niet echt een voorbeeld van 'omgaan', omdat de desbetreffende lijn van rechtspraak zich pas na de genoemde datum heeft gevormd. Met andere woorden, de Hoge Raad formuleerde het recht en de ontwikkeling daarin eerst achteraf, met dus de caesuur op de genoemde datum. Maar in retrospect is het tenminste in theorie denkbaar dat de rechter in december 1974 aansprakelijkheid had afgewezen, terwijl diezelfde rechter over eenzelfde geval dat zich een maand nadien voordeed in tegenovergestelde zin had beslist. De rechtspraak verandert dan – de rechter 'gaat om' – omdat het (ongeschreven) recht verandert.

Maar 'omgaan' kan ook een andere achtergrond hebben. De rechter, ook de hoogste rechter, kan het simpelweg bij het verkeerde eind hebben gehad. Ook de Hoge Raad is menselijk, in zekere zin: hij kan alleen functioneren bij de gratie van de mensen die er zitting in hebben. Omdat mensen zich kunnen vergissen, kan de Hoge Raad zich vergissen. Het kan dan beter zijn op de schreden te keren, dan te volharden in de vergissing.

En soms – vermoedelijk: het merendeel van de gevallen van omgaan – is het niet zozeer een kwestie van 'vergissen' als wel van 'voortschrijdend inzicht': het aanvankelijke standpunt is goed verdedigbaar, maar bij nader inzien of met het oog op het verloop van het voortdurende juridische debat is de andere opvatting toch overtuigender.<sup>3</sup>

Het siert een rechtscultuur als zij de flexibiliteit heeft zich te voegen naar de nieuwe inzichten. Dat geldt indien de

<sup>1</sup> Gelieve dit artikel aan te halen als: F.M.J. Verstijlen, 'Hoe om te gaan met omgaan? Over de verschillende manieren van 'omgaan' door de Hoge Raad', TvI 2015/27. Deze bijdrage is een bewerking en actualisatie van een artikel dat verscheen in het verenigingsmagazine van de studievereniging 'Diephuis', *Groninger Civilistenblad*, 2015, p. 22-27. De auteur is hoogleraar privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en redacteur van dit blad.

<sup>2</sup> HR 30 september 1994, NJ 1996/196.

<sup>3</sup> De grens tussen de verschillende categorieën van achtergronden of redenen van 'omgaan' is geenszins scherp. Vgl. O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. 2001, p. 247-249. Men kan, in ieder geval in zekere zin, ook in deze gevallen zeggen dat het recht is veranderd. Vgl. O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. 2001, p. 249-255, in termen van 'volmaakt' en 'onvolmaakt' recht; en op p. 291-296 in de context van veranderende opvattingen.

maatschappij en in haar kielzog het recht zich in de loop der jaren heeft gewijzigd; het geldt te meer indien het betere inzicht in de boezem van het hoogste rechtscollege de overhand heeft gekregen.

## 2. De twee kanten van de medaille

Het belang van 'omgaan' én de gevaren die daaraan kleven, zijn door het House of Lords, de toenmalige hoogste rechter in het Verenigd Koninkrijk, verwoord in het 'Practice Statement'.<sup>4</sup> Hiermee nam het House of Lords afscheid van de doctrine van de *stare decisis*, volgens welke het zich gebonden achtte aan zijn eigen eerdere beslissingen. Want weliswaar biedt het gebruik van precedents "at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules", maar het te rigide vasthouden aan precedents "may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law". De rechters deden weten af te zullen wijken van eerdere beslissingen "when it appears right to do so", daarbij evenwel meteen aangevend oog te hebben voor "the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law".

Een van de mogelijkheden om tegemoet te komen aan de gevaren die kleven aan 'omgaan' is de techniek van *prospective overruling*, waarin wordt aangegeven dat de nieuwe leer slechts in de toekomst zal gelden. Dat staat op gespannen voet met de taak van de rechter – zeggen dat een nieuw geformuleerde regel vanaf een bepaald moment in de toekomst zal gelden, lijkt nogal op wetgeving – en het House of Lords heeft ermee geworsteld, maar de mogelijkheid uitdrukkelijk opgehouden.<sup>5</sup> Interessant is dat het House of Lords er in die zaak juist geen toepassing aan heeft willen geven. Het betrof een beslissing waarin, in afwijking van de gevestigde praktijk, een bepaald zekerheidsarrangement niet werd aangemerkt als een *fixed charge* maar als een *floating charge*, die een lagere rang heeft ten opzichte van bepaalde schuldeisers. Dat het House of Lords hier niet aan *prospective overruling* deed, verbaast overigens niet, omdat de bestaande praktijk was gebaseerd op lagere rechtspraak, die weliswaar gezaghebbend was, maar toch van andere orde dan rechtspraak die van de hoogste rechter zelf afkomstig is.

De Nederlandse Hoge Raad is wat *prospective overruling* betreft,<sup>6</sup> het House of Lords voorgegaan, zonder daarmee

zichtbaar te hebben geworsteld. Ik doel op *Boon/Van Loon*,<sup>7</sup> het opzienbarende arrest uit 1981. De zaak had juist betrekking op een van die kwesties die het House of Lords in zijn 'Practice Statement' als in het bijzonder gevoelig aanmerkt: de verdeling van een (huwelijksgoederen)gemeenschap. Decennia eerder had de Hoge Raad beslist dat pensioenrechten aan de persoon waren verknocht en niet in de verdeling konden worden betrokken. In *Boon/Van Loon* ging hij om en oordeelde hij dat pensioenrechten "door middel van verrekening in aanmerking moeten worden genomen". Hij besteedde uitdrukkelijk aandacht aan de consequenties van zijn 'omgaan':

"Dit betekent dat in zoverre thans wordt teruggekomen op het oordeel op het onderhavige punt uitgesproken in HR 7 okt. 1959, *BNB* 1959/355. Aangenomen moet worden dat sindsdien vele huwelijksgemeenschappen zijn verdeeld zonder dat met pensioenrechten als de onderhavige rekening is gehouden, hetgeen in beginsel aanleiding zou kunnen zijn tot een vordering als bedoeld in art. 1158 tweede lid BW. De eisen van redelijkheid en billijkheid zullen echter in verband met het belang van de rechtszekerheid in de regel meebrengen dat in deze gevallen een zodanige vordering – die de wederpartij niet meer behoefde te verwachten – thans niet meer geldend gemaakt kan worden."

Bovendien stelde het partijen in de gelegenheid hun stellingen na verwijzing aan te passen aan de gewijzigde juridische situatie.

Een recent voorbeeld van *prospective overruling* op het terrein van het insolventie recht – *JPR Advocaten/Gunning q.q.*<sup>8</sup> – komt hierna separaat aan de orde.

## 3. De standaard: *Koot Beheer/Tideman q.q.*

De verfijnde manier van omgaan in *Boon/Van Loon* is geenszins gemeengoed. De standaard is dat de Hoge Raad 'gewoon' omgaat, zonder de beslissing te voorzien van overgangsrecht. Een geruchtmakend voorbeeld op het terrein van het insolventierecht vormt *Koot Beheer/Tideman q.q.*,<sup>9</sup> waarin de Hoge Raad een nieuw boedelschuld criterium introduceerde. Sinds jaar en dag hanteerde de Hoge Raad het 'toedoen criterium', volgens hetwelk elke schuld die door toedoen van de curator ontstond als boedelschuld gold, ook wanneer het ontstaan van die schuld slechts een niet-beoogd neveneffect was van een door de curator gestelde (rechts) handeling. Een voorbeeld biedt het *Affinancieringsarrest* waar de curator een arbeidsovereenkomst opzegde – ongetwijfeld met als doel de arbeidsovereenkomst te beëindigen en de boedel niet langer te belasten met de loonbetalingsverplichtingen. Die opzegging vormde evenwel meteen het 'triggering event' voor het ontstaan van de verplichting om (achterstallige) pensioenpremies te betalen.<sup>10</sup> Omdat die zo-

4 [1966] 3 All ER 77. De huidige hoogste rechter, het Supreme Court, heeft het 'Practice Statement' niet herhaald, maar richt zich er wel naar. Zie *Austin/Southwark LBC* [2010] 3 W.L.R. 144 (Lord Hope of Craighead DPSC): "The Supreme Court has not thought it necessary to reissue the Practice Statement as a fresh statement of practice in the court's own name. This is because it has as much effect in this court as it did before the Appellate Committee in the House of Lords."

5 Zie *In Re Spectrum Plus Ltd (In Liquidation)* [2005] 3 W.L.R. 58.

6 Dat is niet helemaal waar omdat *prospective overruling* in zuivere zin alleen ziet op de toekomstige gevallen, terwijl de Hoge Raad de nieuwe leer ook toepaste op de berechte zaak zelf.

7 HR 27 november 1981, *NJ* 1982/503.

8 HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689.

9 HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291.

10 HR 12 november 1993, *NJ* 1994/229.

genaamde affinancieringsverplichting 'technisch-juridisch' door de opzegging ontstond, gold die volgens het toen vigerende boedelschuld criterium als een boedelschuld, ook al waren de pensioenrechten van de werkneemster materieel al vóór de faillietverklaring opgebouwd.

In *Koot Beheer/Tideman q.q.* wisselde de Hoge Raad het toedoen criterium in voor een meerledig criterium. Een schuld is in de thans vigerende leer een boedelschuld "hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting".<sup>11</sup> Wat dat precies inhoudt, zal in toekomstige rechtspraak moeten blijken, maar het vergt geen grote stap om de conclusie te bereiken dat het *Affinancieringsarrest* met het nieuwe criterium een andere uitkomst zou hebben.

De Hoge Raad geeft geen overgangsrecht. Ongetwijfeld zijn er tussen 18 juni 2004 – de datum van het laatste arrest waarin het toedoen criterium werd toegepast<sup>12</sup> – en 19 april 2013, toen het nieuwe criterium werd geïntroduceerd, vele faillissementen afgewikkeld met toepassing van het toedoen criterium. Sommige partijen zullen een vordering als boedelschuld betaald hebben gekregen, terwijl het volgens de huidige inzichten om een in het faillissement in te dienen vordering gaat. Het is een interessante vraag of daarop kan worden teruggekomen. Is het recht veranderd tussen 18 juni 2004 en 19 april 2013?

Daar valt iets voor te zeggen, omdat de Hoge Raad zijn beslissing mede baseert op de kritiek die in de literatuur op het toedoen criterium is geuit. Misschien heeft die kritiek op enig moment een kritische grens bereikt. Of is het omslagpunt het wijzen van *Koot Beheer/Tideman q.q.* zelf? Daar spreekt tegen dat de feiten uit dat arrest uit de aard der zaak dateren van (jaren) vóór het wijzen ervan. Kan zelfs worden teruggekomen op gevallen die voor 18 juni 2004 zijn afgehandeld, omdat *Koot Beheer/Tideman q.q.* het recht weergeeft, zoals dat altijd al gold en de Hoge Raad met dit arrest een eerdere vergissing herstelt?

Wat het antwoord op deze vragen ook is, het zal iets onbevredigends in zich hebben. Óf oude gevallen blijven ongecorrigeerd en sommige partijen die destijds als boedelschuldeisers golden, hebben méér ontvangen – en de faillissementsschuldeisers minder – dan zij volgens de nieuwere en betere inzichten hadden moeten krijgen; óf oude gevallen worden wel gecorrigeerd, hetgeen ten koste gaat van de rechtszekerheid van degenen die zijn uitgegaan van het regime zoals dat decennialang heeft gegolden.

Bij gebreke van een nadere regel valt voorshands aan te nemen dat het nieuwe criterium zonder meer op oude gevallen moet worden toegepast. Het is evenwel geenszins uitgesloten dat de Hoge Raad in een toekomstig arrest nog overgangsrecht geeft, zoals hij in *JPR Advocaten Coöperatie*/

*Gunning q.q.* meteen deed. Ik kom op deze kwestie in paragraaf 5 en 6 terug.

#### 4. Een zorgwekkende trend: verholen omgaan

Waar de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* de koninklijke weg van omgaan bewandelt, laten andere recente arresten zien dat de hij ook wel eens de achterdeur neemt. In *ASR/Achmea* gaat de Hoge Raad verholen – 'stiekem' – om, een arrest dat voor de financieringspraktijk van niet gering belang is, hoewel men dat niet meteen zou denken als men van de casus kennisneemt.<sup>13</sup>

Het betrof een ongeval met een paard, niet een casus waarmee in de financieringspraktijk werkzame juristen plegen te worden geconfronteerd. Het ongeval overkwam Van den Ven, die werkte als vrijwilligster in manege De Krom in Sint-Michielsgestel. Een daar gestald paard trapte Van den Ven op 26 oktober 1990 tegen haar knie. Ernstig letsel was het gevolg. Het paard behoorde toe aan Van Aart en Schellekens, ieder voor de helft. De schade – niet minder dan € 602.335 – wordt betaald door Achmea, de verzekeraar van Schellekens. Achmea wil vervolgens regres nemen op Van Aart – die als mede-eigenaar hoofdelijk aansprakelijk is voor de door het dier veroorzaakte schade – en spreekt diens verzekeraar ASR aan.

Maar het is dan inmiddels 2001 en ASR doet een beroep op verjaring. In dat kader komt de vraag op wanneer de regresvordering van Achmea ex art. 6:10 BW is ontstaan, als mogelijk startpunt van de verjaringstermijn. Uiteindelijk is dat voor het oordeel van de Hoge Raad niet bepalend – niet het moment van ontstaan maar het moment van opeisbaarheid is het startpunt – maar niettemin wijdt hij daaraan aandacht, strikt genomen dus ten overvloede. Op grond van de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis overweegt hij dat:

"anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, *LJN* ZC1386, *NJ* 1995/340, HR 3 mei 2002, *LJN* AD9618, *NJ* 2002/393, en HR 9 juli 2004, *LJN* AO7575, *NJ* 2004/618), [moet] tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat".

Dat is opmerkelijk want meer dan een eeuw was de heersende opvatting dat een regresvordering ontstond op het moment dat de borgtocht of (andersoortige) hoofdelijkheid tot stand kwam; vanaf dat moment zou sprake zijn van een voorwaardelijke vordering. Die heersende opvatting was gebaseerd op een bestendige lijn van rechtspraak waarvan de drie door de Hoge Raad genoemde arresten deel uitmaakten. In de eerstgenoemde beschikking overwoog de Hoge Raad dat de borg voordat hij had betaald "een vordering onder opschortende voorwaarde" had, volgens de tweede uitspraak heeft "[e]en borg [...] jegens de hoofd-

11 Duidelijkheidshalve: de eerste categorie van uit de wet voortvloeiende boedelschulden is niet nieuw. Ook voorheen was onomstreden dat boedelschulden door wetsduiding konden ontstaan. Art. 39 en 40 Fw (loon resp. huur) vormen voorbeelden.

12 HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/617 (*Circle Plastics*).

13 HR 6 april 2012, *RvdW* 2012/534 (*ASR/Achmea*).

schuldenaar een regresvordering onder de opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald"; en in het laatstgenoemde arrest heet het dat de regresvordering van de borg (voor betaling) "voorwaardelijk reeds bestond", waaraan nota bene wordt toegevoegd dat "[a]angezien ingevolge art. 3:231 lid 1BW een pandrecht *zelfs* voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd, [...] dit ook mogelijk [is] voor een reeds onder opschortende voorwaarde bestaande vordering" (cursivering FMJV).

Stellen dat uit die uitspraken niet voortvloeit dat de regresvordering reeds vóór de betaling door de borg of (andere) hoofdelijk schuldenaar in voorwaardelijke vorm bestaat, maar dat dan nog helemaal geen vordering bestaat, vergt oogkleppen of een gebrek aan vertrouwen in de capaciteit van de Hoge Raad zijn bedoeling tot uitdrukking te brengen.<sup>14</sup> Een veel aannemelijker duiding van de onderwerpelijke rechtspraak is dat de Hoge Raad in *ASR/Achmea* verholen is omgegaan.

De vraag naar het ontstaansmoment van een regresvordering heeft een belang dat dat van hoofdelijke bezittersaansprakelijkheid voor trappende paarden overstijgt. In de financieringspraktijk zijn omvangrijke financieringsconstructies vormgegeven die gebruikmaken van hoofdelijkheid en als uitgangspunt nemen dat de regresvordering bij het aangaan van de hoofdelijkheid reeds bestond en ook overigens zijn transacties op basis van die aanname verricht en bediscussieerd. Ongetwijfeld is dat alles gepaard gegaan met hoge kosten. Deze constructies en transacties moeten nu opnieuw worden doordacht op hun houdbaarheid in het licht van de nieuwe lijn van rechtspraak (of, zo men wil, het nieuwe licht dat de Hoge Raad in eigen ogen op de oude lijn wierp).<sup>15</sup>

#### 4.1 Nogmaals verholen omgaan

Een recenter voorbeeld van verholen omgaan is *Berzona*,<sup>16</sup> waarin de Hoge Raad op een discutabele manier terugkomt op het bekende *Nebula*.<sup>17</sup> In dat laatstgenoemde arrest was het zogenaamde 'recht op wanprestatie' van de curator aan de orde. De curator stond daar tegenover de huurder van de economische eigenaar van een juridisch aan de failliete schuldenaar toebehorend pand en de vraag was of de curator ontruiming van de huurders kon vorderen. De Hoge Raad beantwoordde die vraag bevestigend en entte zijn motivering vrijwel volledig op de positie van de economisch eigenaar, de directe wederpartij van de gefailleerde. Het vertrekpunt van de redenering was het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige

overeenkomsten.<sup>18</sup> Dit beginsel onderschreef de Hoge Raad, maar het bracht niet mee "dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware"; ook niet "voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak te dulden". Het belangrijkste argument was het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. De conclusie was dat de wederpartij na de faillietverklaring "niet langer meer haar gebruiksrecht [...] kon tegenwerpen aan de curator". Aan het slot zette de Hoge Raad de stap naar de huurders van de economische eigenaar: omdat de laatste niet een aan de boedel tegenwerpbaar gebruiksrecht had, kon zij "ook niet door een overeenkomst met derden, [...], aan dezen een huurrecht [...] verschaffen dat aan de curator [...] kan worden tegengeworpen".

Het arrest heeft een vloedgolf aan literatuur veroorzaakt, waarin tal van duurovereenkomsten werden getoetst aan de ruime bewoordingen van *Nebula*. Een van die duurovereenkomsten was de huurovereenkomst: de huurder is ook wederpartij bij een duurovereenkomst. Diens positie in een faillissement van de verhuurder kwam aan de orde in *Berzona*, al zij het in een geheel andere context dan in *Nebula*. De vraag was of de vordering van een huurder kan dienen als steunvordering bij een tegen een verhuurder gerichte faillissementsaanvraag. Het antwoord van de Hoge Raad luidde ontkennend, kort gezegd omdat de aanspraken van de huurder 'faillissementsbestendig' zijn en zij niet via de door het faillissement gereguleerde concursus worden voldaan. Om dit antwoord te bereiken, gaf de Hoge Raad – net als in *Nebula* – weidse beschouwingen over de onderlinge positie van curator en wederpartij bij een duurovereenkomst in het algemeen.

In *Berzona*, maakte de Hoge Raad – anders dan in *Nebula* – onderscheid tussen 'passief' en 'actief' niet-nakomen van een overeenkomst door de curator. Indien de overeenkomst van de gefailleerde een actieve prestatie verlangt, kan de curator er simpelweg voor kiezen 'passief' niet na te komen door de prestatie niet te verrichten. Maar indien de gefailleerde aan de overeenkomst kan voldoen door 'passief' te blijven – zoals de huurder in het al aan hem ter beschikking gestelde pand laten zitten – is het anders. De curator moet dan 'actief' optreden om te voorkomen dat de wederpartij buiten de faillissementsprocedure om wordt voldaan. Welnu, zo'n 'actieve bevoegdheid' geeft het uitspreken van het faillissement de curator niet, aldus de Hoge Raad. Daar staat het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande overeenkomsten aan in de weg.

Dat is dus anders dan in *Nebula* werd overwogen. Volgens *Berzona* heeft de wederpartij die geen 'actieve' prestatie nodig heeft – zoals de huurder, maar ook de economisch eigenaar, die de desbetreffende zaak al in zijn macht heeft – wél een gebruiksrecht dat tegenwerpbaar is aan de boedel.

<sup>14</sup> Zie voor een – niet erg geslaagde – poging de nieuwe lijn in verbinding te brengen met de oude R.M. Wibier, 'De regresvordering in de Nederlandse financieringspraktijk na het arrest ASR Verzekeringen/Achmea', *MvV* 2012/6, p. 147-154. In een latere bijdrage concludeert hij dat het er sterk op lijkt dat de Hoge Raad is teruggekomen van de eerdere rechtspraak. Zie R.M. Wibier, 'De Hoge Raad op drift', *WPNR* 7046 (2015), p. 55-57.

<sup>15</sup> Zie bijv. M.H.E. Rongen, 'Het arrest ASR Schadeverzekering/Achmea en de gevolgen voor de financieringspraktijk: de schade valt mee', *TFR* 2013/1-2, p. 5-15, die tot – zoals de titel doet vermoeden – geruststellende conclusies komt.

<sup>16</sup> HR 14 juli 2014, *NJ* 2014/407.

<sup>17</sup> HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155.

<sup>18</sup> Een beginsel dat in de memorie van toelichting op art. 37 Fw is geformuleerd. Zie Van der Feltz I, p. 409.



Toch ziet de Hoge Raad geen strijd tussen *Berzona* en *Nebula*. In dat laatste arrest, zoals de Hoge Raad dat nu kennelijk begrijpt, zou het probleem slechts zijn geweest dat de economisch eigenaar door het aangaan van een huurovereenkomst had beschikt over tot de boedel behorende zaken; het gebruiksrecht van de economisch eigenaar zou niet aan de orde zijn geweest.

Maar de onbevungen lezer van beide uitspraken moet toch constateren dat de Hoge Raad in 2014 (*Berzona*) iets anders leest dan hij in 2006 (*Nebula*) heeft gezegd. Uit de citaten hiervoor blijkt klip-en-klaar dat in *Nebula* juist het gegeven dat het gebruiksrecht van de wederpartij van de gefailleerde c.q. de curator niet-tegenwerpbaar aan de boedel was, de reden was dat zij aan een huurder geen gebruiksrecht kon verschaffen dat wel goed was tegenover de boedel; terwijl het gebruiksrecht van de wederpartij in *Berzona* wél tegenwerpbaar aan de boedel werd geacht.

Het gaat er mij nu niet om dat *Berzona*, zoals dat heet, minder juist is,<sup>19</sup> maar hoe de Hoge Raad zijn koers verlegt: verholten, de grondslag van zijn eerdere beslissing verhullend.

#### 4.2 *Waarom verholten omgaan?*

Waarom doet de Hoge Raad dat? We mogen aannemen dat het niet is om gezichtsverlies te voorkomen. Per slot van rekening gaat hij soms wel degelijk uitdrukkelijk om, zoals in *Koot Beheer/Tideman q.q.* En het is ook geen gezichtsverlies om om te gaan, noch indien dat het gevolg is van gewijzigde maatschappelijke opvattingen, noch waarin dat het gevolg is van voortschrijdend inzicht. Het geeft juist gezichtsverlies indien de Hoge Raad een geforceerde, gekunstelde en ronduit onhoudbare interpretatie geeft van de eigen eerdere beslissing.

Zou de ratio van verholten omgaan kunnen zijn dat eigenlijk verholten overgangrecht wordt gegeven, of dan toch tenminste een signaal over de temporele geldigheid van de eerder gegeven beslissingen? Door in *ASR/Achmea* te stellen dat hij niet anders heeft beslist dan in de eerdere uitspraken, zegt de Hoge Raad ook dat die beslissingen nog steeds staan, dat de uitkomsten onder de nieuwe lijn – of de nieuwe visie op de oude lijn – hetzelfde zullen zijn, dat de bestaande financiële structuren en transacties niet anders bejegend zullen worden dan voorheen, althans waar het de reeds besliste punten betreft.

Dat zou een voordeel kunnen zijn, althans in het geval *ASR/Achmea*, waar al een uitvoerige rechtspraak bestond over tal van facetten van het vermogensrecht (bevoegdheden zekerheidsgerechtigde, mogelijkheden inroepen pauliana, rechtsgeldigheid overwaarde-arrangement). Ik kan me er iets bij voorstellen, maar zou het nog steeds niet aanbevelen.<sup>20</sup> De tegenstrijdigheid tussen de verschillende uitspraken zal altijd kortsluiting veroorzaken als men de betekenis ervan doordent en de gegeven regels probeert te extrapo-

leren naar nog niet expliciet besliste gevallen. En zelfs in de al wel besliste gevaltypen zullen partijen onzekerheid voelen, die hen ertoe brengt de eerdere uitkomsten te betwijfelen en op mogelijke andere uitkomsten te anticiperen.

En voor het geval *Berzona* gaat deze ratio – aangeven dat de bestaande lijn van rechtspraak zijn waarde behoudt – sowieso niet op, want er was geen lijn van eerdere rechtspraak: er was alleen *Nebula* zelf. Voor zover de Hoge Raad de alarmbellen die in de literatuur na *Nebula* werd geluid, het zwijgen heeft willen opleggen, is dat niet gelukt, omdat ook hier geldt dat een nieuwe regel die gebaseerd is op een dubieuze grondslag een te wankel basis is om 'safeguards' om een positie '*Nebula*-bestendig' te maken te ontmantelen.<sup>21</sup>

#### 5. *Prospective overruling: JPR Advocaten Coöperatief/Gunning q.q.*

Het recente, al genoemde *JPR Advocaten Coöperatief/Gunning q.q.* geeft hoop dat de trend van verholten omgaan zich niet voortzet. Hier zien we weer een Hoge Raad die niet alleen in alle openheid omgaat, zoals in *Koot Beheer/Tideman q.q.*, maar zijn beslissing ook voorziet van duidelijk overgangrecht. De zaak betreft de vraag wanneer een door middel van een girale overboeking betaald bedrag het vermogen van de schuldenaar heeft verlaten. Meer dan 25 jaar geleden wees de Hoge Raad over deze vraag *Vis q.q./NMB*.<sup>22</sup> Het betrof daar een overboekingsopdracht aan de toenmalige Postcheque- en Girodienst voor een bedrag van f 30.000 ten gunste van Nederlandse Middenstandsbank NV. De opdracht was enige dagen vóór haar faillietverklaring verstrekt, maar op de dag van haar faillietverklaring nog niet (volledig) uitgevoerd. Op welk moment heeft het desbetreffende bedrag het vermogen van de schuldenaar verlaten?

In *Vis q.q./NMB* deed de Hoge Raad een beroep op "[h]et beginsel van art. 23 Fw, zoals dit mede in art. 1850 aanhef en onder 3o BW [voorloper van art. 7:422 lid 1, aanhef en onder 1 BW; FMJV] tot uiting komt". Op grond hiervan kon de curator het betaalde bedrag terugvorderen "indien de giroinstelling aan welke de overschrijvingsopdracht werd gegeven, bij de aanvang van de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen had verricht, die zij als opdrachtnemer van de schuldenaar ter effectuering van de betaling aan diens schuldeiser gehouden was te verrichten". Omdat in het daar berechte geval de rekening van Interieurbouw De Groot BV eerst op de dag van faillietverklaring was gedebiteerd, was de conclusie dat de curator het desbetreffende bedrag van de ontvanger kon terugvorderen.

Daarmee was nog niet de vraag beantwoord hoe moest worden gehandeld indien de debitering dateert van vóór de dag van faillietverklaring, maar de betaling op die dag nog niet is voltooid. Te dien aanzien werd in *Vis q.q./NMB* bij wijze van *obiter dictum* overwogen dat indien de betalende schuldenaar en de ontvanger bij dezelfde giroinstelling een rekening aanhouden, ook de creditering moest zijn geschied

19 Zie T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *Tvl* 2014/36, R.M. Wibier, 'De Hoge Raad op drift', *WPNR* 7046 (2015), p. 52-55, alsmede mijn noot onder de publicatie van *Berzona* in *NJ* 2014/407.

20 Kritisch is ook R.M. Wibier, 'De Hoge Raad op drift', *WPNR* 7046 (2015), p. 49-57.

21 Zie Th.C.J.A. van Engelen en J.P. Hustinx, 'De licentienemer en de failliete IE-licentiegever', *Tvl* 2015/11 en R.M. Wibier, 'De Hoge Raad op drift', *WPNR* 7046 (2015), p. 54-55.

22 HR 31 maart 1989, *NJ* 1990/1.

vóór de dag van faillietverklaring, omdat ook de bijschrijving dan geschiedt “door de giroinstelling als opdrachtnemer van de schuldenaar, zij het dat zij daarmee tevens voldoet aan de verplichtingen die uit haar rechtsverhouding tot de schuldeiser als rekeninghouder voortvloeien”.

Wat rechtens is ingeval betaler en ontvanger bij verschillende giroinstellingen rekeningen aanhouden, maakte de Hoge Raad toen niet duidelijk. Dat is ook later niet gebeurd. De kwestie was onderwerp van rechtswetenschappelijk debat, maar eerst in 2015 heeft de Hoge Raad zich erover uitgesproken. Intussen was het betalingsverkeer in de kwart eeuw voordien wel drastisch gewijzigd.

### 5.1 JPR Advocaten Coöperatief/Gunning q.q.: de Hoge Raad begint met de toepassing van Vis q.q./NMB

De casus in *JPR Advocaten Coöperatief/Gunning q.q.* was in wezen dezelfde als in *Vis q.q./NMB*, maar nu geplaatst in de context van het internettijdperk. Aan de orde was een betalingsopdracht voor een bedrag van € 6.000, die Maatmetaal Arnhem BV vóór de dag van faillietverklaring had verstrekt, thans door middel van elektronisch bankieren. Zij bankierde bij Rabobank Graafschap-Midden, de ontvangende schuldeiser, JPR Advocaten Coöperatief, bij ING. De debitering van Maatmetaals rekening geschiedde de dag vóór de faillietverklaring, de rekening bij ING werd op de dag van faillietverklaring gecrediteerd. Kortom, de casus betreft precies de situatie die in *Vis q.q./NMB* niet werd ingevuld. De curator van Maatmetaal vorderde van JPR Advocaten Coöperatief betaling van het bedrag.

JPR Advocaten Coöperatief probeerde de Hoge Raad er met een beroep op de feitelijke en juridische ontwikkelingen in het betalingsverkeer toe te bewegen het moment van debitering bepalend te achten. Dat zou betekenen dat zij het ontvangen bedrag zou mogen behouden, nu die debitering vóór de dag van faillietverklaring had plaatsgevonden. De juridische ontwikkeling waar zij een beroep op deed, is de invoering van art. 7:534 BW, in werking getreden op 1 november 2009. Deze bepaling beperkt voor betalingsopdrachten als de onderwerpelijke de herroepbaarheid tot “het tijdstip van ontvangst, [...] tenzij anders is bepaald in dit artikel”.<sup>23</sup> Maar dit vermag de Hoge Raad niet van gedachten te doen veranderen. Hij stelt aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling, die een Europese achtergrond heeft, vast dat die bepaling ertoe dient de geautomatiseerde verwerking van betalingsopdrachten mogelijk te maken en zekerheid te bieden over de uitvoering van de transacties. Zij strekt er niet toe wijziging te brengen in de gevolgen van een faillissement voor de geldigheid van de betaling. De feitelijke ontwikkelingen die JPR Advocaten Coöperatief inriep, betreffen de verdere automatisering van het betalingsverkeer, die zou inhouden dat na de debitering het verdere proces volledig geautomatiseerd geschiedt zodat de betalende bank op dat moment alles heeft gedaan waartoe zij gehouden is. Maar daarmee is de Hoge Raad snel klaar. Ook waar verdere handelingen volledig geautomatiseerd

geschieden, zijn het nog steeds handelingen die de bank moet verrichten. De debitering is dus niet bepalend.

Een alternatief tijdstip dat door JPR Advocaten Coöperatief als bepalend werd voorgedragen, is het moment waarop de betalende bank de betaalopdracht had doorgeleid aan Equens, de ‘payment processor’. Daarmee zou de bemoeienis van de betalende bank zijn geëindigd. Maar ook daarmee weet JPR Advocaten Coöperatief de Hoge Raad niet te winnen. Equens is als systeemexploitant in de zin van art. 212d Fw een opdrachtnemer van de betalende Rabobank Graafschap-Midden. Deze laatste was gehouden haar rekening-courant met De Nederlandsche Bank NV te crediteren en daar doet de omstandigheid dat zij daartoe Equens inschakelde niet aan af.

Het resulteert erin dat de cassatieklachten van JPR Advocaten Coöperatief worden afgewezen, rechttoe rechtaan met toepassing van de regel in *Vis q.q./NMB*.

### 5.2 Maar de Hoge Raad gaat obiter dictum toch om...

De Hoge Raad maakt evenwel van de gelegenheid gebruik op te merken – *obiter dictum* dus<sup>24</sup> – “op een andere wijze dan door het middel bepleit” terug te komen van de regel in *Vis q.q./NMB*. Hij wijst op art. 6:114 lid 2 BW, volgens hetwelk een girale betaling geschiedt op het tijdstip dat de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. Alle banken en intermediairs die bij zo’n betaling zijn betrokken – ook de bank van de ontvangende schuldeiser – zijn aan te merken als instanties van wier diensten de betalende schuldenaar “direct of indirect gebruik maakt”.

Het strookt meer met het voornoemde beginsel van art. 23 Fw dat de curator steeds het bedrag kan terugvorderen waarmee na het intreden van de faillissementsstoestand de rekening van de ontvanger is gecrediteerd. De praktische voordelen die de Hoge Raad ziet, zijn dat niet meer hoeft te worden nagegaan of de betalende bank alle handelingen heeft verricht en dat het geen verschil meer maakt of betaler en ontvanger al dan niet bij dezelfde bank een rekening aanhouden.

De Hoge Raad besluit met een regel van overgangsrecht. De desbetreffende rechtsoverweging citeer ik voluit:

“Nu valt aan te nemen dat de faillissementspraktijk is ingesteld op de regel van *Vis q.q./NMB* – in die zin dat de beoordeling van de geldigheid van betalingen die rond de faillissementsdatum plaatsvinden, geschiedt aan de hand van die regel, en dat al dan niet wordt terugbetaald aan de boedel op grond van die beoordeling –, en het onwenselijk is dat kan worden teruggekomen van hetgeen in dit verband is afgedaan of als afgedaan mag worden beschouwd, ziet de Hoge Raad aanleiding te bepalen dat de hiervoor [...] aanvaarde regel uitsluitend geldt voor faillissementen die na de datum van dit arrest worden uitgesproken.”

Kortom, voor faillissementen die voor of op 20 maart 2015 zijn uitgesproken geldt *Vis q.q./NMB*, voor faillissementen

23 Uit art. 7:534 lid 5 BW blijkt overigens dat dit geen dwingend recht is: anders kan worden overeengekomen.

24 Zie over deze methode van *prospective overruling* O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. 2001, p. 427-429, met verwijzingen naar voorbeelden uit het binnen- en buitenland.

die dateren van nadien geldt *JPR Advocaten Coöperatief/Gunning q.q.*

Het is hier niet de plaats om in te gaan op het nieuwe criterium (of het oude criterium) als zodanig. Het gaat in deze bijdrage om het overgangsrecht. Ik merk wel op dat het nieuwe criterium niet hemelsbreed verschilt van het oude. Men kan zich afvragen of de nieuwe regel meer is dan een verfijning van de oude. Voor zover betaler en ontvanger bij dezelfde bank bankieren, was onder *Vis q.q./NMB* het tijdstip van creditering sowieso bepalend. Voor andere gevallen, had de Hoge Raad simpelweg geen nadere regel gegeven. Het algemene criterium of de bank van de betaler als opdrachtnemer alles had gedaan wat zij moest doen, diende te worden toegepast. Ook als de bank op haar beurt een opdrachtnemer inschakelde, viel dat nog onder het algemene criterium, zo blijkt uit de toepassing van de regel van *Vis q.q./NMB* in *JPR Advocaten Coöperatief/Gunning q.q.* Als ik goed zie, is slechts het element dat de bank als 'opdrachtnemer' van de betaler (met de onderopdrachtnemers van de bank dus) alles gedaan moet hebben wat zij moest doen, vervangen door 'degenen van wier diensten de schuldenaar direct of indirect gebruik maakt'.<sup>25</sup>

Bovendien bestond er al voor *JPR Advocaten Coöperatief/Gunning q.q.*

onduidelijkheid over wat *Vis q.q./NMB* inhield voor het geval dat betaler en ontvanger verschillende banken hadden, zodat betrokken partijen daarmee rekening konden en moesten houden.

Waarom dan in dit arrest rechterlijk overgangsrecht geven, terwijl dat niet gebeurt in *Koot Beheer/Tideman q.q.*, waar de ommezwaai groter was én de Hoge Raad bovendien wél keer op keer een duidelijke regel had gegeven, waarop de praktijk zich ongetwijfeld had ingesteld? Het antwoord kan simpelweg zijn dat de Hoge Raad daar destijds niet aan heeft gedacht. Het is overigens geenszins uitgesloten dat dat overgangsrecht in een toekomstige zaak alsnog wordt gegeven.

Vallen er uit de hier behandelde arresten lessen te leren voor het hanteren van rechterlijk overgangsrecht?

## 6. Wanneer rechterlijk overgangsrecht?

Vooropgesteld zij dat de vraag naar het overgangsrecht wordt gesmoord door de in *ASR/Achmea* en *Berzona* gehanteerde methode van het verholen omgaan. Zij suggereert dat er geen overgangsrecht nodig is, maar creëert onduidelijkheid over de betekenis van de oude en/of nieuwe regel zelf.<sup>26</sup> De discussie wordt verplaatst van het overgangsrecht naar de vraag naar wat de regel destijds was en nu is. Het valt zeer te prijzen dat de Hoge Raad in *JPR Advocaten Coöperatief/Gunning q.q.* wel duidelijkheid biedt over de oude en de nieuwe materiële regel én over de temporele werking.

De beslissing roept wel vragen op voor andere gevallen van omgaan. De omstandigheid die de Hoge Raad inroept – de praktijk heeft zich erop ingesteld c.q. de beoordeling over de rechtsgeldigheid van betalingen is geschied aan de hand van het oude criterium – speelt bij elk 'omgaan'. Het zou mij te ver gaan dat elk 'omgaan' eerst werking voor de toekomst heeft. De oude regel steeds toepassen op oude gevallen zou immers betekenen – zie paragraaf 3 – dat degene die volgens de betere inzichten het recht aan zijn zijde heeft, diens recht wordt onthouden en dat diens wederpartij te zijner detrimente een voordeel mag behouden waarop hij 'eigenlijk' geen recht heeft.

Waar dan de grens te trekken? Het is verhelderend het rechterlijk overgangsrecht te zien voor wat het is: recht, waarvan dezelfde eisen kunnen worden gesteld als aan 'gewoon' recht. De vraag is hoe het systeem – het 'gewone' recht én het overgangsrecht – zo kan worden vormgegeven dat optimaal wordt tegemoetgekomen aan de belangen van de betrokken partijen, maar ook die van anderen die met de regel kunnen worden geconfronteerd en belangen van maatschappelijke aard. Dat vergt voor het overgangsrecht een afweging tussen, wat Verstraelen noemt, het legaliteitsbeginsel – het streven naar toepassing van de 'beste' norm – en het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>27</sup>

Ik meen dat het uitgangspunt dient te zijn dat degene die volgens dat 'gewone recht' gelijk heeft, zijn gelijk moet krijgen. Dat leidt tot rechtsonzekerheid omdat de praktijk zich op de oude, minder juiste opvatting over wat recht is, heeft ingesteld, maar de normale instituten van *res judicata* – gedane zaken nemen geen keer – verjaring en in voorkomende gevallen, rechtsverwerking of (een andersoortige toepassing van) de redelijkheid en billijkheid, kunnen de gevolgen verzachten.<sup>28</sup> Slechts wanneer de gevolgen van het omgaan zo ingrijpend zijn dat deze niet voldoende door deze instituten kunnen worden ondervangen, als de ontwrichting en de ernst van het nadeel voor de wederpartij, derden,<sup>29</sup> of maatschappelijke belangen – waaronder het functioneren van de rechterlijke macht<sup>30</sup> – zodanig zijn dat het belang van de partijen die 'eigenlijk' gelijk hebben daar niet tegen opweegt, lijkt het mij aangewezen om de nieuw geformuleerde regel slechts voor toekomstige gevallen te laten werken.<sup>31</sup>

Daarvan zou heel goed sprake kunnen zijn geweest in *Boon/Van Loon*, maar ik heb meer twijfels bij *JPR Advocaten Coöpe-*

25 De Hoge Raad heeft dan ook niet de grondslag van de regel vervangen – het beginsel van art. 23 Fw – zoals bepleit door R.M. Wibier, 'Het Vis q.q./NMB-criterium is niet juist en dringend aan vervanging toe', *WPNR* 7019 (2014), p. 443-445, maar komt wel tot de aldaar voorgestane regel.

26 Zie paragraaf 4.

27 S. Verstraelen, *Rechterlijk overgangsrecht*, 2015, p. 143-144. Het betreft de handelseditie van haar in 2014 aan de Universiteit Antwerpen verdedigde dissertatie.

28 Vgl. O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. 2001, p. 421-425 resp. p. 8, noot 19.

29 S. Verstraelen, *Rechterlijk overgangsrecht*, 2015, p. 159 geeft een Amerikaans voorbeeld waarin de rechter de werking van zijn beslissing over de ongeldigheid van echtscheidingen op grond van een bepaalde wet inperkte in die zin dat reeds bekrachtigde echtscheidingen onaangetast bleven.

30 S. Verstraelen, *Rechterlijk overgangsrecht*, 2015, p. 154-156 spreekt van 'administratieve moeilijkheden'.

31 Van zo'n restrictieve benadering getuigt het hierna te noemen HvJ EG 8 april 1976, *NJ* 1976/510 (*Defrenne*) over de gelijke beloning tussen mannen en vrouwen: "dat daarom moet worden geconstateerd dat, [...] dwingende overwegingen van rechtszekerheid met betrekking tot alle, openbare zowel als particuliere, belangen zich er in beginsel tegen verzetten dat in het verleden betaalde lonen wederom in geding worden gebracht".



*ratie/Gunning q.q.* Curatoren die er destijds op basis van *Vis q.q./NMB* voor gekozen hebben geen vordering in te stellen, zullen het niet erg vinden dat alsnog te doen (en als dat om wat voor reden dan ook niet opportuun is, kunnen zij er sowieso vanaf zien). En worden ontvangende partijen die op basis van de oude regel ervoor hebben gekozen niet terug te betalen, nu zo geschaad indien zij nú (in plaats van maanden of jaren eerder, maar nog steeds binnen de verjaringstermijn) hun positie moeten (her)overwegen en alsnog moeten terugbetalen?

Men bedenke dat de nieuwe regel geen structurele breuk maar een bescheiden stap in de rechtsontwikkeling vormt, bovendien op een terrein waar de partijen toch al met onduidelijkheid moesten rekenen.<sup>32</sup> Schikkingen die zijn getroffen, blijven natuurlijk in stand, zaken die zijn afgedaan, zijn afgedaan en incidentele gevallen waarin een ontvanger op het aanvankelijke standpunt van de curator heeft vertrouwd en handelingen heeft gesteld die bezwaarlijk kunnen worden teruggedraaid, kunnen met een beroep op rechtsverwerking c.q. de redelijkheid en billijkheid worden opgelost.

In ieder geval zou ik menen dat een curator die al voor *JPR Advocaten Coöperatie/Gunning q.q.* een procedure is begonnen en daarin de nieuwe regel bepleitte, zijn gelijk moet kunnen krijgen, ook al is het faillissement vóór het wijzen van dat arrest uitgesproken. Wellicht zou hetzelfde moeten gelden indien de curator tegenover de ontvanger buiten rechte dat standpunt heeft ingenomen. Geen van de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden die hem tot het formuleren van de overgangsrechtelijke regel hebben gebracht, doet zich dan voor. Bepalend zou niet zozeer moeten zijn of het faillissement na het wijzen van *JPR Advocaten Coöperatie/Gunning q.q.* is uitgesproken, maar veeleer of de dagvaarding (of sommatie) al voor het wijzen van dat arrest is uitgebracht.<sup>33</sup>

## 7. Tot slot

Deze *tour d'horizon* van 'rechterlijk insolventieovergangsrecht' mondt uit in de volgende voorzichtige conclusies. Van alle technieken van omgaan, is het verholen omgaan de slechtste. Het holt het gezag van de Hoge Raad uit en de twijfelachtige voordelen die het biedt, worden overschaduwed door de nadelen. Open kaart spelen over omgaan, is altijd beter. *Prospective overruling* is een nuttig instrument

om al te grote schokken op te vangen, maar moet alleen worden ingezet als andere instrumenten niet voldoen.

Het ouderwetse 'omgaan zonder meer' is zo gek nog niet.

32 Zie het slot van de vorige paragraaf. De breuk was groter in *Koot Beheer/Tideman q.q.*, maar ik verwacht dat de invulling van het nieuwe criterium uiteindelijk tot minder grote verschillen zal leiden dan op het eerste gezicht lijkt. En ook hier geldt dat het oude criterium nooit een rustig bezit was, maar onder niet aflatend vuur in de literatuur lag. Vgl. over het vertrouwen in de norm S. Verstraelen, *Rechterlijk overgangsrecht*, 2015, p. 148-149 met verdere verwijzingen.

33 Vgl. HvJ EG 8 april 1976, *NJ* 1976/510 (*Defrenne*): "dat bijgevolg op de rechtstreekse werking van art. 119 geen beroep kan worden gedaan ter staving van loonaanspraken over tijdvakken voorafgaande aan de dag waarop dit arrest is uitgesproken, behoudens wanneer een werknemer reeds een beroep in rechte of een daarmee gelijk te stellen klacht heeft ingediend". Zie over dit arrest en de 'reeds aanhangige gedingen'-benadering in het algemeen (en kritisch) O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, diss. 2001, p. 442-443, p. 473-474 en p. 541.